

VU Research Portal

Case note: Hoge Raad (Post-Bucrobeschikkingen)

Borgers, M.J.

2008

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J., (2008). *Case note: Hoge Raad (Post-Bucrobeschikkingen)*, No. 340, Feb 19, 2008. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2008).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Met noot van M.J. Borgers

1

Het strafvorderlijk conservatoir beslag wordt gezien als een belangrijke waarborg voor een succesvolle executie van de ontnemingsmaatregel. Door in een vroeg stadium beslag te leggen moet worden voorkomen dat de verdachte (of de veroordeelde) zich ontdoet van zijn vermogensbestanddelen alvorens de ontnemingsmaatregel wordt opgelegd en voor tenuitvoerlegging vatbaar wordt. Teneinde het conservatoire beslag te frustreren trachten verdachten met enige regelmaat hun vermogen uit het zicht van justitie te houden. Dat kan geschieden door het toepassen van een schijnconstructie: vermogensbestanddelen waar de verdachte feitelijk de beschikking over heeft, worden formeel onderdeel gemaakt van het vermogen van een ander. Uit de zogeheten Bucro-beschikkingen, die betrekkelijk kort na de inwerkingtreding van de ontnemingswetgeving op 1 maart 1993 zijn geweest, wordt veelal afgeleid — naar mijn mening op betwistbare gronden (zie onder 3) — dat de conservatoire beslagbevoegdheid van artikel 94a lid 2 Sv onvoldoende is toegesneden op het doorbreken van dergelijke schijnconstructies (zie o.a. HR 9 januari 1996, NJ 1998, 591 m.nt. Sch). Om die reden is bij de herziening van de ontnemingswetgeving in 2003 een aanvullende mogelijkheid tot het leggen van conservatoir beslag opgenomen in artikel 94a leden 3 en 4 Sv. Indien wordt voldaan aan de daartoe gestelde voorwaarden, is het toegestaan om door te grijpen naar het vermogen van een ander dan de verdachte. In de hierboven afgedrukte beschikkingen staat de vraag centraal of het doorbreken van schijnconstructies uitsluitend kan geschieden op grond van de regeling van artikel 94a leden 3 en 4 Sv, of dat daarvoor met enige creativiteit toch artikel 94a lid 2 Sv kan worden benut (zie ook HR 19 februari 2008, LJN BA7674, waarin de overwegingen gelijklopend zijn aan die in de zaak NJ 2008, 340). Alvorens deze beschikkingen — die ik verder zal aanduiden als de post-Bucro-beschikkingen — van commentaar te voorzien, is het van belang om de beslissingen van de Hoge Raad in de Bucro-beschikkingen uit 1996 te resumeren.

2

De Bucro-beschikkingen hebben, vereenvoudigd weergegeven, betrekking op de situatie waarin enkele natuurlijke personen, allen ook verdachten, tezamen (en al dan niet met gebruikmaking van een houdstermaatschappij) de aandeelhouders in een besloten vennootschap zijn. Die rechtspersoon beschikt over verschillende onroerende zaken. Met het oog op de aan de natuurlijke personen op te leggen ontnemingsmaatregelen wordt beslag gelegd op die onroerende zaken. De beslagvorm die daarvoor wordt gekozen, betreft een conservatoir derdenbeslag onder de rechtspersoon ten laste van de verdachten. De gedachte daarachter is kennelijk dat — in de visie van het openbaar ministerie — de onroerende zaken feitelijk toebehoren aan de verdachten, maar juridisch-technisch in het bezit zijn van de rechtspersoon. De Hoge Raad haalt een streep door deze beslagconstructie, allereerst omdat voor het strafvorderlijk conservatoir beslag hetzelfde geldt als voor het civielrechtelijk conservatoir beslag,

namelijk dat conservatoir derdenbeslag niet kan worden gelegd op onroerende zaken (zie artikel 94c Sv in samenhang met artikel 718 juncto 475 Rv). In de literatuur wordt de onmogelijkheid van deze vorm van conservatoir beslag beschouwd als een belangrijke beperking van de beslagbevoegdheid van artikel 94a lid 2 Sv (vgl. Van der Neut & Simmelink, DD 1996, p. 873). Die zienswijze berust echter op een misverstand. Het leggen van beslag onder een derde is van belang voor gevallen waarin een aan de beslagdebiteur – lees: de verdachte tegen wie een ontnemingsprocedure loopt of wordt ingesteld – toebehorende roerende zaak of vordering onder een derde rust. In een dergelijk geval is deze derde de houder – en niet de eigenaar – van de roerende zaak, of heeft hij de plicht de vordering te voldoen aan de beslagdebiteur. Het leggen van derdenbeslag houdt in dat aan de betrokken derde kenbaar wordt gemaakt dat er ten laste van de beslagdebiteur beslag rust op de roerende zaak of de vordering, waarmee wordt voorkomen dat deze derde de roerende zaak teruggeeft dan wel de vordering voldoet aan de beslagdebiteur. Betreft het een onroerende zaak dan is derdenbeslag niet nodig, omdat beslag op een onroerende zaak plaatsvindt door inschrijving van dat beslag in de openbare registers, waarin de rechtstoestand van onroerende zaken wordt bijgehouden. Wie de onroerende zaak in gebruik heeft, is daarbij irrelevant. Het beslag hoeft ook niet aan de gebruiker kenbaar te worden gemaakt. Kortom, wat het openbaar ministerie — achteraf gezien — had moeten doen in de Bucro-zaken, was het leggen van een ‘gewoon’ beslag onder en ten laste van de verdachte natuurlijke personen op de onroerende zaken van de rechtspersoon door inschrijving van het beslag in de registers. Zou een dergelijk beslag vervolgens wél stand hebben gehouden? Van groot belang voor het antwoord op deze vraag is de beslissing van de Hoge Raad in de Bucro-beschikkingen dat conservatoir beslag ten laste van de verdachte natuurlijke personen op de onroerende zaken van een rechtspersoon niet kan worden gelegd op de enkele grond dat de verdachten met deze rechtspersoon kunnen worden vereenzelvigd. Met andere woorden: het enkele feit dat de verdachten als gezamenlijke aandeelhouders de volledige zeggenschap in de rechtspersoon hebben, betekent niet dat het vermogen van de rechtspersoon mede kan worden beschouwd als het privé-vermogen van de verdachten. In het Nederlandse recht geldt dat rechtspersonen een eigen vermogen hebben dat afgescheiden is van de vermogens van de aandeelhouders en bestuurders. Hierop zijn de beslagen in de Bucro-zaken uiteindelijk gestrand. (Zie nader over de achtergronden van deze zaken, met nadere literatuurverwijzingen, de noot van Schalken onder HR 9 januari 1996, NJ 1998, 591.)

3

Na het wijzen van de Bucro-beschikkingen is de vraag opgeworpen of een ‘doorbraak’ naar het vermogen van de rechtspersoon toch mogelijk zou zijn geweest indien het openbaar ministerie zich niet zozeer op de vereenzelviging had beroepen, maar in plaats daarvan aannemelijk had gemaakt dat de natuurlijke personen misbruik hebben gemaakt van rechtspersoonlijkheid, doordat zij het door hen vergaarde vermogen juist in de rechtspersoon hebben laten vloeien met het doel om het verhaal van eventueel op te leggen ontnemingsmaatregelen te frustreren. In zijn conclusie voor HR 9 januari 1996, NJ 1998, 591 ziet (toen nog) A-G Fokkens ruimte voor een dergelijke doorbraak indien er ‘ernstige aanwijzingen zijn dat de rechtspersoon voor geen ander doel is gebruikt dan het onttrekken van gelden aan een mogelijk verhaal door de overheid’. Men kan de Bucro-beschikkingen zo lezen dat ook de Hoge Raad hier ruimte voor wil laten (‘de enkele grond’), maar in de desbetreffende zaken de beslagen heeft

laten stranden omdat het openbaar ministerie geen of onvoldoende aanwijzingen voor het misbruik van rechtspersoonlijkheid naar voren zijn gebracht. Zo bezien is artikel 94a lid 2 Sv bestand tegen schijnconstructies. Indien er op oneigenlijke gronden vermogensbestanddelen die feitelijk aan de verdachte toebehoren formeel op naam worden gesteld van een andere natuurlijke persoon of een rechtspersoon, kan die feitelijke toestand — mits voldoende aannemelijk gemaakt — beslissend worden geacht en worden de desbetreffende vermogensbestanddelen gerekend tot het vermogen van de verdachte. Deze benadering is duidelijk herkenbaar in de rechtspraak over verbeurdverklaring (zie onder andere HR 28 september 1999, NJ 1999, 803 en HR 12 februari 2002, LJN ZD2938), maar leent zich ook voor het strafvorderlijk conservatoir beslag (vgl. Borgers & Simmelink, DD 2002, p. 1069-1076). De wetgever heeft evenwel de voorkeur gegeven aan een andere oplossing, die bestaat uit de introductie van artikel 94a leden 3 en 4 Sv. Deze oplossing houdt in dat bij toepassing van een schijnconstructie ervan wordt uitgegaan dat de desbetreffende vermogensbestanddelen of voorwerpen toebehoren aan een ander dan de verdachte, namelijk de natuurlijk persoon of de rechtspersoon die fungeert als stroman. De wet laat daarbij beslag — en in een later stadium: verhaal — op het vermogen van die ander toe indien aan de drie in artikel 94a lid 3 Sv cumulatief gestelde voorwaarden wordt voldaan: a. de voorwerpen zijn, onmiddellijk of middellijk, afkomstig van het misdrijf in verband waarmee het wederrechtelijk verkregen voordeel kan worden ontnomen, b. er bestaan voldoende aanwijzingen dat die voorwerpen aan de ander zijn gaan toebehoren met het doel de uitwinning van die voorwerpen te bemoeilijken of te verhinderen, en c. op het moment van het gaan toebehoren wist de ander of kon hij redelijkerwijs vermoeden dat de voorwerpen van enig misdrijf afkomstig waren.

4

De geschetste feitelijke benadering en de regeling van artikel 94a leden 3 en 4 Sv verschillen niet alleen in de wijze waarop invulling wordt gegeven aan het toebehoren. Het doorbreken van schijnconstructies is in de feitelijke benadering ook eenvoudiger dan op grond van artikel 94a leden 3 en 4 Sv, omdat in de feitelijke benadering niet aan alle in artikel 94a lid 3 Sv opgesomde voorwaarden hoeft te worden voldaan. In die benadering is het niet van (doorslaggevend) belang of de betrokken vermogensbestanddelen uit een bepaald misdrijf afkomstig zijn en ook niet dat de stroman tot op zekere hoogte wetenschap van die herkomst heeft. Het gaat er uitsluitend om of met het vermogen van de verdachte, ook als het gaat om legaal verkregen vermogensbestanddelen, wordt gerommeld om zo het verhaal te frustreren. Ten opzichte van de betrokken stroman wordt dan niet méér vereist dan dat hij zich bewust is geweest van de toepassing van de schijnconstructie. Indien in een concreet geval niet volledig wordt voldaan aan de voorwaarden die artikel 94a lid 3 Sv stelt, maar er wel de stellige indruk bestaat dat van een schijnconstructie sprake is, zou derhalve de feitelijke benadering in overweging kunnen worden genomen. Of werpt de introductie van artikel 94a leden 3 en 4 Sv hiervoor een blokkade op? Deze vraag staat centraal in de zaken NJ 2008, 339 en 2008, 340, waarin het openbaar ministerie onroerende zaken conservatoir in beslag heeft genomen die op naam van een ander dan de verdachte waren geregistreerd, maar — volgens het openbaar ministerie en ook het gerechtshof — ‘in feite middellijk’ zouden toebehoren aan de verdachte. A-G Machielse ziet in beginsel mogelijkheden om schijnconstructies aan te pakken met de geschetste feitelijke benadering. Hij neemt tot uitgangspunt — overigens in lijn met zijn conclusie voor HR 9 juli 2002, LJN AD4610 — dat degene die zeggenschap over

en belang in een goed heeft, moet worden aangemerkt als degene aan wie het goed toebehoort. De formele tenaamstelling is daarbij niet doorslaggevend; het gaat om de feitelijke zeggenschap. A-G Machielse ziet in artikel 94a leden 3 en 4 Sv geen beletsel voor deze benadering, omdat die beslagconstructie veeleer bedoeld is voor gevallen waarin een voorwerp wél daadwerkelijk aan een ander dan de verdachte is gaan toebehoren — en van zeggenschap van de verdachte over dat voorwerp dus geen sprake meer is —, terwijl de overdracht aan de ander geschiedt met het doel om de overheid in het verhaal te frustreren. (In civiele termen spreekt men dan van een paulianeuze handeling, vgl. artikel 3:45 BW en artikel 42 Fw.) Aldus ziet A-G Machielse de benodigde ruimte voor de toepassing van artikel 94a lid 2 Sv langs de lijnen van de geschetste feitelijke benadering. Een beletsel is naar zijn mening overigens wel — voor zover het conservatoire beslag betrekking heeft op onroerende zaken — de beslissing in de Bucro-beschikkingen dat conservatoir derdenbeslag op onroerende zaken niet mogelijk is, maar die zienswijze berust naar mijn mening, zoals hiervoor onder 2 uiteengezet, op een misvatting.

5

De Hoge Raad vaart een andere koers. Allereerst wordt het gerechtshof het kennelijke oordeel toegedicht dat de in beslag genomen onroerende zaken ‘naar de maatstaven van burgerlijk recht’ aan een ander dan de verdachte toebehoren. Dit is niet wat in de bestreden beschikkingen staat; daarin wordt gesproken over het ‘feitelijk eigendom’ en het ‘in feite middellijk’ toebehoren van de onroerende zaken aan de verdachte, ook al staan die zaken op naam van een ander geregistreerd. Daarmee lijkt het gerechtshof er juist van uit te gaan dat de onroerende zaken toebehoren aan de verdachte en niet aan een ander. Dat levert op zichzelf ook geen miskenning op van de maatstaven van burgerlijk recht, omdat ook dat burgerlijk recht geen rechtskracht toekent aan schijnhandelingen en schijnconstructies (vgl. Asser-Hartkamp, *Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 125-129). De Hoge Raad maakt evenwel duidelijk dat ‘de enkele grond dat [de verdachte] feitelijk kan handelen als behoorden deze zaken hem toe’ ontoereikend is om het beslag op de voet van artikel 94a lid 2 Sv te leggen. De Hoge Raad neemt hierbij in aanmerking dat in de wetsgeschiedenis van artikel 94a lid 3 en 4 Sv de minister tot uitdrukking brengt dat hij het frustreren van het verhaal op zich onvoldoende acht om een doorbraak mogelijk te maken en dat hij daarom veel waarde hecht aan de specifieke voorwaarden van artikel 94a lid 3 Sv. Impliciet wijst de minister hiermee de geschetste feitelijke benadering van de hand. De terughoudendheid die hieruit spreekt met betrekking tot het aan de dag leggen van enige creativiteit om schijnconstructies te doorbreken, vertaalt de Hoge Raad in een rechtstreekse koppeling van het eigenaarschap van een onroerende zaak aan de inschrijving in de registers: degene op wiens naam een onroerende zaak staat geregistreerd, heeft te gelden als de rechthebbende (en niet zozeer degene die feitelijke zeggenschap uitoefent). Wanneer dat niet de verdachte is, is beslag slechts mogelijk op de voet van artikel 94a leden 3 en 4 Sv en met inachtneming van de daarin opgenomen vereisten.

6

Wat is de betekenis van deze post-Bucrobeschikkingen? Stel nu dat het gerechtshof expliciet(er) had overwogen dat, niettegenstaande de informatie in de registers, de verdachte als de eigenaar moet

worden beschouwd. Het komt mij voor dat de Hoge Raad ook dan een streep zou hebben gehaald door de beslissing van het gerechtshof, want het lijkt de Hoge Raad er vooral om te gaan dat artikel 94a leden 3 en 4 Sv als exclusieve regeling voor het doorbreken van schijnconstructies fungeert. In de hierboven afgedrukte zaken lijkt het mij dan ook onontkoombaar dat de rechter waarnaar is terugwezen, het beklag gegrond zal verklaren. In hoeverre speelt bij de beslissing van de Hoge Raad een rol dat het gaat om onroerende zaken waarvan de rechtstoestand in openbare registers wordt bijgehouden? Aan de in die registers opgenomen informatie kent de Hoge Raad beslissende betekenis toe, gelet op het feit dat hij zonder voorbehoud spreekt van 'onroerende zaken, die blijkens inschrijving in de registers in eigendom toebehoren aan een ander' et cetera. Hierbij past evenwel de kanttekening dat in Nederland voor de openbare registers geen positief stelsel wordt gehanteerd, hetgeen betekent dat de openbare registers niet zonder meer de werkelijke rechtstoestand weergeven. Weliswaar zijn er zodanige waarborgen ingebouwd – onder andere in de vorm van enkele verificatiebevoegdheden van de bewaarder – dat van een semi-positief stelsel kan worden gesproken (vgl. Snijders/Rank-Berenschot, Goederenrecht, Deventer: Kluwer 2001, p. 78-79 en Asser-Mijnssen-De Haan-Van Dam, Algemeen goederenrecht, Deventer: Kluwer 2006, nr. 384), dat laat onverlet dat de inschrijving van een transactie die berust op een schijnhandeling of schijnconstructie geenszins onmogelijk is. Dat de Hoge Raad beslissende betekenis toekent aan de in de registers opgenomen informatie, kan dan ook niet worden verklaard vanuit de aard van het Nederlandse registratiestelsel. De verklaring is gelegen in het gekozen wetshistorische vertrekpunt: door de in de registers opgenomen informatie beslissend te laten zijn, kan een doorbraak alleen nog geschieden op grond van artikel 94a leden 3 en 4 Sv.

7

Een andere vraag betreft de eventuele consequenties van de post-Bucrobeschikkingen voor niet-registergoederen. In hoeverre is ten aanzien daarvan een feitelijke benadering nog toegelaten? Geconstateerd kan worden dat de overwegingen van de Hoge Raad zich toespitsten op onroerende zaken. In dat opzicht is er geen aanleiding te veronderstellen dat de Hoge Raad bij niet-registergoederen de tenaamstelling zonder meer doorslaggevend wil achten. Daar komt uiteraard bij dat voor dergelijke goederen niet van overheidswege wordt geregistreerd wie de rechthebbende is. (Ter volledigheid: ook het kentekenregister vervult niet een dergelijke rol.) Het komt mij dan ook voor dat de rechthebbende op een roerende zaak of een vordering degene is die — in de concrete omstandigheden van het geval — de zeggenschap uitoefent over dat goed. Indien dat de verdachte is, kan 'gewoon' artikel 94a lid 2 Sv worden toegepast. Artikel 94a leden 3 en 4 Sv speelt daarmee in deze context een beperkte rol (vgl. de reeds besproken conclusie van A-G Machielse). Dat laat onverlet dat het openbaar ministerie soms in gevallen waarin een schijnconstructie is gehanteerd en daarom toepassing zou kunnen geven aan artikel 94a lid 2 Sv, er niettemin voor kiest het beslag te leggen op grond van artikel 94a lid 3 Sv. In dat geval wordt de gehanteerde schijnconstructie juist gebezigd als argument om de ander als rechthebbende aan te merken. In de rechtspraak lijkt tegen deze flexibele aanpak geen bezwaar tegen te bestaan, maar dan moet wel blijken dat aan de in artikel 94a lid 3 Sv gestelde voorwaarden wordt voldaan (vgl. HR 20 september 2005, NJ 2006, 26).

Al met al overtuigt de argumentatie in de post-Bucrobeschikking (mij) niet. De kerngedachte die in de wetsgeschiedenis van artikel 94a leden 3 en 4 Sv tot uitdrukking komt en die ook doorklinkt in de beslissing van de Hoge Raad, is dat niet zo maar kan worden gebroken met het (civielrechtelijke, maar ook voor het strafrechtelijk verhaal relevante) uitgangspunt dat een schuldeiser zijn vordering in principe alleen kan verhalen op het vermogen van zijn schuldenaar, en slechts bij uitzondering — en dan op grond van een expliciete wettelijke grondslag — op dat van een derde (vgl. Kamerstukken II 2001/02, 28 079, nr. 3, p. 20). Met die kerngedachte is niets mis, maar de cruciale vraag is natuurlijk wat nu precies onder het vermogen van de schuldenaar valt. Bij gebreke van een alles beslissend registratiestelsel is dat naar mijn mening uiteindelijk een feitelijke kwestie, waarbij tenaamstellingen en dergelijke geen absolute betekenis hebben. De beslissing van de Hoge Raad, die wél aanknoopt bij de registratie, draagt als nadeel in zich dat het doorbreken van een schijnconstructie alleen mogelijk is indien aan de tamelijk strikte criteria van artikel 94a lid 3 Sv wordt voldaan. Aan de Hoge Raad kan worden toegegeven dat voor die beslissing steun kan worden gevonden in de wetsgeschiedenis en de daarin besloten liggende keuze van de wetgever. Tegelijkertijd wordt daarmee voorbijgegaan aan het feitelijke karakter van de eigendomsvraag. Een uitkomst die in lijn zou hebben gelegen met de conclusie van A-G Machielse (behoudens het uiteindelijke beletsel dat hij ziet), zou naar mijn mening te prefereren zijn geweest. Dat zou ook tot een wenselijker resultaat hebben geleid. Want na de post-Bucrobeschikkingen mag het duidelijk zijn wat de meest veilige manier van het frustreren van het verhaal is: het op naam van een ander stellen van onroerende zaken die zijn gefinancierd met legaal — althans niet aantoonbaar middellijk of onmiddellijk uit misdrijf — verkregen vermogenscomponenten. Het verdient aanbeveling dat de minister zich nog eens bedenkt of artikel 94a leden 3 en 4 Sv, in het licht van de post-Bucrobeschikkingen, werkelijk voldoende mogelijkheden biedt om op te treden tegen schijnconstructies. De aangekondigde analyse van de toereikendheid van de ontnemingswetgeving biedt daarvoor een goede gelegenheid (zie 'Het beleid ter zake van financieel-economische criminaliteit', bijlage bij Kamerstukken II 29 911, nr. 10, p. 13-14).